



UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**EL DERECHO DE OPINION DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO
DE TENENCIA**

PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

PAMELA GERALDINE ARCOS CHACALIAZA

ASESOR TEMÁTICO:

DR. CHRISTIAN HERNÁNDEZ ALARCÓN

ASESOR METODOLÓGICO:

DR. GERARDO LUDEÑA GONZÁLEZ

LIMA – PERU

2012

DEDICATORIA

Este presente trabajo de investigación va dedicado a Dios por darme las fuerzas para el logro de esta meta, y a mis padres por su apoyo incondicional y su gran esfuerzo.

AGRADECIMIENTO

Este trabajo de investigación no se hubiera hecho posible sin la ayuda de muchas personas, entre ellas mis docentes que cada semana nos brindaron sus conocimientos y así contribuir con nuestro desarrollo personal y profesional.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado, en las líneas siguientes mostrare una pequeña presentación de mi trabajo de investigación, con el cual lograré obtener el título profesional de abogado.

Hoy en día, la tenencia y custodia es un tema muy recurrente y complejo en los Juzgados y Salas Superiores de Familia. Podemos graficarlo imaginándonos a cada progenitor tomando y tirando de cada una de las extremidades superiores de su hijo, sin la menor intención de soltarlo, y ello quizás por un sincero afecto y cariño hacia su hijo; o quizás por un afán de venganza hacia el otro progenitor por una infidelidad u otro motivo y así usar al hijo como arma de sufrimiento; o sencillamente por un bajo propósito económico. Supuestos que representan situaciones de gran complejidad al momento de resolverlos donde el juez debe resolver solo con el conjunto de los medios probatorios aportados por las partes y los ordenados de oficio en el proceso, sino también con la apreciación que se hace, y no porque la ley así lo obliga, sino por una cuestión de conciencia ética, moral y de justicia.

Primeramente no debemos confundir a la Tenencia y Custodia con la Patria Potestad, pues la primera viene a ser un atributo de la segunda; entonces debemos entender a la Tenencia y Custodia como aquella Institución del derecho familiar, por el cual a falta de un acuerdo entre los padres que se encuentran separados de hecho, el Juez confía el cuidado y protección directo del o los hijos, al progenitor que reúna las condiciones morales y materiales necesarias que puedan garantizar la integridad moral, psíquica y física, así como al libre desarrollo y bienestar del hijo y por sobre todo la interrelación con el otro progenitor, ello mediante un régimen de visitas. Para Javier Rolando Peralta Andía, la tenencia no es un derecho sino un deber de los padres que significa: *“la necesidad de una relación interpersonal continuada, que presupone la comunidad de vivienda”*.

De otro lado, en el aspecto objetivo del tema que nos ocupa, es el derecho a expresar su opinión el niño y adolescente en el proceso de tenencia, el derecho a ser oído y el derecho a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en razón de la edad y madurez del niño y el adolescente, aspectos que se encuentran estrechamente vinculados entre sí, dando origen a una interdependencia indisoluble, pues los tres deben concurrir a objeto de garantizar efectivamente el derecho de opinar. La ausencia de uno atenta contra su ejercicio efectivo, configurándose una situación violatoria, pues qué sentido tendría solicitar su opinión pero que la misma no fuese escuchada en el entendido que muchas veces se oye y no se escucha; aunque parezca un juego de palabras escuchar supone oír con atención; o que lo escuchásemos pero su opinión no fuese tomada en cuenta y en el peor de los casos se le negase la posibilidad de expresarse.

El derecho a opinar como emblema del resto de los derechos que abren el espacio de participación implica un replanteamiento del mundo adulto, el establecimiento de las relaciones entre niños, adolescentes y adultos apoyadas en la comunicación, en el respeto, en el dialogo orientador y no impositivo, asumiendo que son personas diferentes, que deben recorrer su propio camino.

En conclusión, creemos que lo más beneficioso para el niño y el adolescente es que sencillamente se otorgue la responsabilidad de la tenencia al progenitor que se encuentre mas calificado, pero fijando un régimen de visitas adecuado y no tan complicado a favor del otro progenitor que realmente garantice una relación filial fluida y sin perturbaciones o interferencias; y para ello se requiere de la capacidad que pueda tener el Juzgador de cuidar tal derecho para ambos padres y sobre todo haciendo prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro, y ello teniendo como base principal que el niño y adolescente al llegar a un nivel de discernimiento, tiene derecho a opinar, más aún cuando se trata de un hecho que le concierne directamente como es el proceso de tenencia.

INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
PRESENTACIÓN.....	iv
INDICE	vi
INDICE DE CUADROS	ix
INDICE DE TABLAS.....	x
INDICE DE GRÁFICOS.....	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPITULO I.....	1
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.1.1.- PROBLEMA GENERAL.....	3
1.1.2.- PROBLEMA ESPECÍFICOS.....	3
1.2.- OBJETIVOS	4
1.2.1.- GENERAL	4
1.2.2.- ESPECÍFICOS	4
1.3.- JUSTIFICACIÓN	4
1.3.1.- Justificación Teórica:	6
1.3.2.- Justificación Metodológica:	6
1.3.3.- Justificación Práctica:.....	6
1.3.4.- Justificación Legal:.....	7
1.4.- DELIMITACIÓN	7
1.4.1.- DELIMITACIÓN ESPACIAL:	7
1.4.2.- DELIMITACIÓN TEMPORAL:	7
1.5.- HIPÓTESIS	8
1.5.1.- HIPÓTESIS GENERAL	8

1.5.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	8
1.6.- VARIABLES	8
1.6.1.- DEFINICIÓN CONCEPTUAL	9
1.6.2.- DEFINICIÓN OPERACIONAL.....	9
1.6.3.- INDICADORES	10
1.7.- METODOLOGÍA	12
1.8.- TIPO DE ESTUDIO	13
1.9.- NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	14
1.10.- DISEÑO	15
1.11.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.12.- POBLACIÓN Y MUESTRA	18
1.13.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	20
CAPITULO II.....	22
1.- ANTECEDENTES.....	22
2.- MARCO HISTORICO	31
3.- BASES DOCTRINARIAS	37
4.- MARCO CONCEPTUAL	44
4.1.- LA TENENCIA COMO UN ATRIBUTO DE LA PATRIA POTESTAD	44
4.1.1.- PATRIA POTESTAD Y TENENCIA.....	47
4.1.2.- ¿Qué es la tenencia?.....	50
4.2.- PROCESO DE TENENCIA	52
4.2.1.- TENENCIA MONOPARENTAL	56
4.2.2.- TENENCIA COMPARTIDA.....	57
4.3.- LA OPINIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE.....	61
4.4.- LA OPINIÓN DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE TENENCIA.....	64
4.4.1.- ¿Cómo se debe recibir la opinión del niño en los procesos de tenencia?	66
4.4.2.- ¿Cómo se debe valorar la opinión del menor en los procesos de tenencia?.....	68
5.- GLOSARIO DE TÉRMINOS	72
CAPITULO III.....	74

1.- ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL.....	74
2.- ENTREVISTAS DE PROFUNDIDAD	84
2.1.- PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA	84
2.2.- RESULTADO DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DEL CALLAO	85
2.3.- PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS FISCALES DE FAMILIA	90
2,4.- RESULTADO DE LA ENTREVISTA A LOS FISCALES DE FAMILIA PROVINCIALES DEL CALLAO ..	91
3.- ENCUESTAS	97
4.- ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO.....	103
5.- ANÁLISIS DEL MARCO COMPARADO.....	106
6.- DISCUSIÓN.....	108
7.- CONCLUSIONES.....	110
8.- RECOMENDACIONES.....	113
9.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	116
10.- ANEXOS	119

INDICE DE CUADROS

CUADRO N° 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN.....	11
CUADRO N° 02: PARADIGMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
CUADRO N° 03: TIPO DE ESTUDIO.....	13
CUADRO N° 04: NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	15
CUADRO N° 05: DISEÑO NO EXPERIMENTAL.....	16
CUADRO N° 06: MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	17
CUADRO N° 07: TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE DATOS.....	20
CUADRO N° 08: DIFERENCIA ENTRE TENENCIA, TUTELA Y PATRIA POTESTAD.....	51
CUADRO N° 09: ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL.....	74
CUADRO N° 10: PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A LOS JUECES DE FAMILIA.....	84
CUADRO N° 11: RESPUESTAS DE LAS PREGUNTAS A LOS JUECES.....	85
CUADRO N° 12: PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA A FISCALES DE FAMILIA.....	90
CUADRO N° 13: RESPUESTAS DE LAS PREGUNTAS A LOS FISCALES.....	91
CUADRO N° 14: ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO	103
CUADRO N° 15: ANÁLISIS DEL MARCO COMPARADO	106
CUADRO N° 16: DISCUSIÓN.....	108

INDICE DE TABLAS

TABLA N° 01:	¿PARA USTED LA OPINIÓN DEL MENOR DEBE SER DETERMINANTE PARA EL FALLO FINAL DEL JUEZ EN UN PROCESO DE TENENCIA?.....	97
TABLA N° 02:	¿CONSIDERA USTED QUE EN UN PROCESO DE TENENCIA, SE DEBA TENER EN CUENTA LA EDAD DEL MENOR PARA VALORAR SU OPINIÓN?.....	98
TABLA N° 03:	¿CREE USTED QUE LA TENDENCIA DE UNO DE LOS PADRES A UNA PERSONA DE SU MISMO SEXO, PODRÍA INFLUENCIAR AL MOMENTO QUE EL MENOR EMITA SU OPINIÓN EN UN PROCESO DE TENENCIA?.....	99
TABLA N° 04:	¿CREE USTED QUE EL MAYOR TIEMPO QUE PUEDA CONVIVIR EL MENOR CON UNO DE LOS PADRES, ES FUNDAMENTAL PARA QUE SU OPINIÓN PUEDA SER INFLUENCIADA?.....	100
TABLA N° 05:	¿PARA USTED AL NO TENER EL JUEZ EN CUENTA LA OPINIÓN DEL MENOR AL MOMENTO DE RESOLVER LA TENENCIA, SE ESTARÍA DE ALGUNA MANERA VULNERANDO EL DEBIDO PROCESO?.....	101

INDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO N° 01:	PREGUNTA N° 1.....	97
GRÁFICO N° 02:	PREGUNTA N° 2.....	98
GRÁFICO N° 03:	PREGUNTA N° 3.....	99
GRÁFICO N° 04:	PREGUNTA N° 4.....	100
GRÁFICO N° 05:	PREGUNTA N° 5.....	101

RESUMEN

El derecho de opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho.

El trabajo realizado parte de un análisis documental en la cual se hizo una revisión de la regulación legal existente en el país y de la principal doctrina nacional y extranjera, en virtud de lo cual se puede afirmar que el derecho de opinión de niños, niñas y adolescentes es un derecho innovador que tiene como principales límites la edad y la madurez que éstos hayan alcanzado para formarse un juicio propio.

Dentro del amplio espectro de posibilidades que presenta la participación como fenómeno de múltiples facetas, el derecho a opinar, se concibe como la vía a la cual todo niño debe tener acceso para que los adultos conozcan de diferentes maneras su interior y comprendan que están frente a un pequeño individuo capaz de pensar y actuar para producir cambios favorables en su entorno.

La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención.

En consecuencia, es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten.

Palabras clave: Derecho de Opinión, niño, adolescente, escuchar y Convención sobre los Derechos del Niño.

ABSTRACT

The right to give opinion and to be heard that the children and adolescents have it is introduced in the Convention on the Rights of the Chile, as a new principle that prepares the changes of the interrelation with these as subjects of law.

The observations made come from the document investigation in which a revision was carried out from the legal regulation existing in the country and of the main national and foreign doctrine, in virtue of which they can affirm that the right that the children and adolescents have to give opinions, is a new right that has the main limits the age and maturity that they have reached in order to have their own judgment.

Within the wide range of possibilities offered participation as multifaceted phenomenon, the right to speak, is seen as the path to which all children should have access to adults know differently inside and understand that they are facing even small individual capable of thinking and acting to produce favorable changes in their environment.

Investment in the realization of children's right to be heard in all matters affecting them and that their views are taken into account is a clear and immediate obligation of States parties under the Convention.

Consequently, it is a right of all children, without discrimination. The goal of achieving truly opportunities to apply Article 12 is necessary dismantle legal barriers, political, economic, social and cultural factors that currently inhibit the opportunity for children to be heard and access of children to participation in all matters affect them.

Keywords: Law Review, child, adolescent, listen and Convention on the Rights of the Child.

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 en el seno de las Naciones Unidas, marco hito en la historia de la humanidad y aunque suene reiterativo, representa uno de los mayores esfuerzos que a nivel internacional se ha logrado en materia de niños; es necesario mantenerla vigente, conocerla, interpretarla, aplicarla, criticarla y perfeccionarla, creando instrumentos jurídicos que sean dignos representantes de la Doctrina de la Protección Integral.¹

En el Perú se ha logrado establecer una legislación para la promoción y protección de niños y adolescentes, en los diferentes aspectos de su desarrollo, en el Perú, además de los derechos que le reconoce la Constitución Política vigente, se ha ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño, existe el Código de los Niños y Adolescentes y se han creado las Defensorías del Niño y Adolescente, que constituyen el marco legal e institucional para los derechos de los niños y adolescentes.

Si bien es cierto que sobre estas bases se reconoce como derecho humano el derecho que tiene todo ser humano, toda persona a emitir opiniones, su consagración y regulación en la Convención sobre los Derechos del Niño debía responder a las particulares condiciones de crecimiento de los niños para ser cónsonos así con los criterios de desarrollo humano que ha establecido la psicología evolutiva, y según la cual el individuo en cada una de las grandes etapas de su desarrollo antes de llegar a la vida adulta presenta características propias e individuales que merecen ser abordadas de manera diferente.

Aunado a lo anterior, la transformación de los niños en verdaderos sujetos de derecho trae consigo no solo que sean reconocidos como titulares de derechos y deberes sino que de acuerdo con su desarrollo evolutivo se les otorgue la capacidad para ejercer personal y directamente sus derechos en forma progresiva y asuman

¹ HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ginebra, Suiza. (2001)

bajo este mismo criterio deberes y responsabilidades por sus actos, asegurándose de esta manera su desarrollo integral, estimulando así la formación de adultos útiles, participativos e integrados a la sociedad pero por sobre todas las cosas un individuo capaz de tomar sus propias decisiones de forma consciente y responsable. En definitiva el niño debe ser concebido como un sujeto activo de derechos.²

Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño y el adolescente, en función de la edad y madurez". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño y el adolescente, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño y el adolescente la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escucharlo; las opiniones del niño y el adolescente tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que éste sea capaz de formarse un juicio propio. En conclusión, para poder lograr los objetivos de la presente investigación, se utilizara la fuente documental, entrevistas, encuestas, además del marco normativo y comparado.

Es por ello, en el presente trabajo de investigación en cada capítulo se fue desarrollando puntos relacionados con la problemática en cuestión, en el primer capítulo tenemos el planteamiento del problema, hipótesis y variables, es decir todo lo relacionado con el problema de investigación y la metodología, en el segundo capítulo planteamos doctrina, antecedentes, marco histórico, marco conceptual y un glosario de términos, que nos llevaran al mejor entendimiento del problema de investigación, y por ultimo tenemos el tercer capítulo, donde mencionaremos los resultados obtenidos mediante métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos que utilizamos durante todo el proceso de la realización de nuestro trabajo de investigación.

² UNICEF. Derechos del Niño. Editorial La Primera Prueba, CA. Caracas, Venezuela. (1996)